

über seinen Beginn. Die erst mit der Sechsten GWB-Novelle hinzugefügte Norm des § 40 Abs. 6 GWB sollte die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter erweitern.<sup>13</sup> Damit ist eine Deutung der Vorschrift ausgeschlossen, die den Beginn des (Drittunternehmen begünstigenden) Vollzugsverbots im Fall des § 40 Abs. 6 GWB auf einen Zeitpunkt verlegt, der mehrere Wochen nach Erlass der der Drittklage stattgebenden Entscheidung liegt. Unabhängig von der Frage, ob sich das Beschwerdegericht im Hauptsacheverfahren oder im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Freigabebeurteilung ausgesprochen hat, greift das Vollzugsverbot daher unmittelbar nach Erlass des die Freigabe aufhebenden Gerichtsbeschlusses wieder ein. Dem entspricht auch die gemeinschaftsrechtliche Regelung in Art. 10 Abs. 5 EG-FKVO a.F. An sie hat sich der Gesetzgeber mit der Einfügung von § 40 Abs. 6 GWB angelehnt.<sup>14</sup> Anders als im GWB wird dort auch der Beginn der neu wieder einsetzenden Untersagungsfristen explizit geregelt. Sie beginnen „mit dem Tage der Verkündung des Urteils von Neuem.“<sup>15</sup>

#### IV. Ergebnis

Das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB lebt automatisch mit dem Tage wieder auf, an dem das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes die aufschiebende Wirkung der Drittbeschwerde anordnet. Einer besonderen Anordnung bedarf es nicht.

#### B. Einstweilige Anordnung zur Verhinderung eines De-facto-Vollzugs von Zusammenschlussvorhaben

Es sei noch einmal daran erinnert, dass sich das OLG Düsseldorf in den drei Beschlüssen *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* nicht auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung (ergänzt um die zu Unrecht kritisierte „Klarstellung“ hinsichtlich des Wiederauflebens des Vollzugsverbots<sup>16</sup>) beschränkt hat. Darüber hinaus untersagte es den betroffenen Unternehmen in Form weiterer einstweiliger Anordnungen, Stimmrechte aus bereits übertragenen Anteilen auszuüben oder Einfluss

13 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 60.

14 *Ebenda*.

15 In der Fassung des Art. 10 Abs. 5 FKVO vom 20. Januar 2004 (ABl. EG Nr. L 24/1 vom 29.1.2004) wird der Beginn der Fristen auf den „Arbeitstag, der auf den Tag des Eingangs der vollständigen neuen Anmeldung [...] folgt“, festgelegt. Die Änderung bezweckt aber sicher nicht, einen Vollzug entgegen Art. 7 FKVO „über das Wochenende“ zu ermöglichen. Vielmehr geht es darum, der Kommission ausreichend Zeit für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens einzuräumen.

16 *Oben A*.

auf die Geschäftspolitik des Fusionspartners zu nehmen.<sup>17</sup> Die hierfür herangezogene Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999 entfällt aufgrund der Einfügung eines zweiten Satzes in § 64 Abs. 3 GWB 2005. Zumindest auf den ersten Blick droht der einstweilige Drittrechtsschutz damit stark an Wirksamkeit einzubüßen.

## I. Kritik an der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vor Verabschiedung der Siebten GWB-Novelle

Schon vor Inkrafttreten von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 hat *Bechtold* die Inanspruchnahme der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 1999 durch das OLG Düsseldorf kritisiert.<sup>18</sup> Er ist der Ansicht, die einstweilige Anordnung der aufschiebenden Wirkung und die Anordnung sonstiger einstweiliger Maßnahmen passten nicht in die Situation der Drittbeschwerde gegen fusionskontrollrechtliche Freigaben durch das Amt oder den Minister.<sup>19</sup> Er begründet das mit Hinweis darauf, dass die Regelung in den §§ 64, 60 GWB grundsätzlich nur das Verhältnis zwischen der Kartellbehörde und den Hauptbeteiligten, den Verfügungsadressaten, erfasst.<sup>20</sup> Die Kartellbehörde sei dazu ermächtigt, durch einstweilige Anordnung zugunsten oder zu Lasten der Hauptbeteiligten zu verfügen. Komme es zur Einleitung eines Beschwerdeverfahrens, so gehe diese Befugnis der Kartellbehörde gemäß § 64 Abs. 3 GWB i. V. m. 60 GWB 1999 auf das Beschwerdegericht über. *Bechtold* argumentiert, das Gericht könne nicht mehr Kompetenzen haben als die Kartellbehörde, der diese Instrumente ursprünglich zustehen.<sup>21</sup> Ausdrücklich drittschützende Vorschriften fehlten in den §§ 64 und 60 GWB. Im Hinblick auf die Vorschrift des § 65 Abs. 3 Satz 2 GWB führt er aus, sie habe „erkennbar nur den Fall im Auge, dass die angefochtene Verfügung den Adressaten belastet, nicht begünstigt“.<sup>22</sup> Das zeige sich auch an dem Verweis auf § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB.<sup>23</sup> Da also weder das Bundeskartellamt noch der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die Vollziehung der Freigabe bzw. Erlaubnis einstweilig aussetzen könnten, scheide auch eine entsprechende Kompetenz des Beschwerdegerichts aus.<sup>24</sup>

17 Oben *Kap. 2 F.*

18 *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1023f.

19 Ebenda.

20 Ebenda, 1024.

21 Ebenda.

22 Ebenda.

23 Ebenda.

24 Ebenda.

*Bechtold* ist zuzugestehen, dass der einstweilige Rechtsschutz im Kartellverwaltungsrecht in den §§ 60, 64, 65 GWB ausgesprochen lückenhaft geregelt ist.<sup>25</sup> Erhellend ist daher ein Blick auf das Referenzsystem der VwGO. Der Gesetzgeber hat sich bei der Einführung von § 63a GWB 1973 (= § 65 GWB 2005) bewusst an § 80 VwGO orientiert.<sup>26</sup> Auch hier stellt sich das Problem des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Verwaltungsakte mit Doppelwirkung.<sup>27</sup> Zu einer speziellen Regelung kam es erst durch das Vierte Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung (4. VwGOÄndG) vom 17. Dezember 1990, also nach Einfügung des heutigen § 65 GWB im Rahmen der Zweiten GWB-Novelle. Es entsprach aber auch schon vor Inkrafttreten von § 80a VwGO allgemeiner Meinung, dass § 80 VwGO jedenfalls analog auch auf Verwaltungsakte mit Drittwirkung anwendbar ist.<sup>28</sup> Es ist nicht zu erkennen, weshalb für § 65 Abs. 2 und 3 GWB nicht dasselbe gelten soll. Die Vorschriften entsprechen fast wörtlich den Vorbildern §§ 80 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 VwGO. Die Regelung in § 80a Abs. 3 VwGO erklärt u. a. die Vorschrift des § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO auf Verfügungen mit Drittwirkung für entsprechend anwendbar, § 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO verweist auf § 80 Abs. 4 VwGO. Dem widerspricht auch der von *Bechtold* angeführte Verweis in § 65 Abs. 3 Satz 2 GWB auf § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB nicht. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ausdrücklich nicht unter die Voraussetzung gestellt, dass „die Vollziehung für den Adressaten ein unbillige Härte zur Folge hätte.“ Vielmehr lassen sich unter das verwendete Tatbestandsmerkmal des „Betroffenen“ unschwer auch Drittunternehmen subsumieren. Auch sie kann die Verfügung bzw. ihre Vollziehung erheblich in ihren wirtschaftlichen Interessen berühren. Für diese Auslegung spricht auch ein Vergleich mit der Vorschrift des § 25 GWB. Auch hier verwendet der Gesetzgeber den Begriff der „Betroffenen“, um Drittunternehmen zu bezeichnen, deren wirtschaftliche Interessen im Gegensatz zu denen der Hauptbeteiligten stehen.<sup>29</sup> Schließlich ist *Bechtold* entgegenhalten, dass das Amt schon immer einstweilige Anordnungen mit jedenfalls faktischer Doppelwirkung erlassen hat. Er selbst zitiert den Fall der vorläufigen Untersagung eines Zusammenschlusses als mögliche einstweilige Anordnung gemäß § 60 Nr. 3 GWB 1999.<sup>30</sup> Tatsächlich war schon vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle anerkannt, dass die Kartellbehörde gemäß § 56 Nr. 3 GWB 1990 im Hinblick auf eine Untersagung

25 So auch *Birmanns*, S., in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 47 (deutlicher noch in der Bearbeitung vom Mai 2003: „Die Regelung des § 64 Abs. 3 ist – so wenig wie die des § 60 – ein Muster gesetzgeberischer Vollkommenheit.“).

26 *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, 36; *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 65, Rz. 1.

27 Vgl. die Legaldefinition in § 80a Abs. 1 und 2 VwGO: Verwaltungsakt, der den Adressaten begünstigt und einen Dritten belastet und umgekehrt.

28 *Kopp*, F. O./*Schenke*, W.-R., VwGO, 2005, § 80a, Rz. 1.

29 Dazu *Kellermann*, A., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 25, Rz. 4.

30 *Bechtold*, R., BB 2003, 1021, 1024.

nach § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB 1990<sup>31</sup> einstweilige Anordnungen erlassen konnte.<sup>32</sup> So hatte das Bundeskartellamt im Zusammenschlussfall *Sonntag Aktuell* die Ausübung von Stimmrechten vorläufig untersagt.<sup>33</sup> Ganz ähnlich lauteten die einstweiligen Anordnungen des OLG Düsseldorf in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrigas*. Im Ergebnis besteht weder für die Fusionskandidaten, noch für die durch den Zusammenschluss nachteilig betroffenen Dritten ein Unterschied. Die einstweiligen Anordnungen wirkten sich für diese günstig, für die Hauptbeteiligten nachteilig aus.

## II. Keine Kompetenz zum Erlass einstweiliger Anordnungen gegenüber Dritten

Das OLG Düsseldorf muss sich jedoch folgenden Vorwurf gefallen lassen: Mit seinen auf §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999 gestützten Anordnungen verstößt es gegen den Grundsatz, wonach das Beschwerdegericht dem Antragsteller durch einstweilige Anordnung nicht mehr zusprechen darf als er mit seinem Antrag in der Hauptsache erlangen könnte.<sup>34</sup> Eine der zentralen Ausformungen dieses Prinzips ist das Gebot, einstweilige Anordnungen nur gegenüber dem Antragsgegner des Verfahrens, nicht aber gegen bloße Beteiligte oder sonstige Dritte zu treffen.<sup>35</sup> Angewendet auf den hier interessierenden Fall der Drittbeschwerde gegen eine Fusionsfreigabe oder Ministererlaubnis bedeutet das: Um die weitere bzw. faktische Vollziehung eines Zusammenschlussvorhabens zu stoppen, kann das Gericht trotz ange-

- 31 Der Verweis noch in § 60 Nr. 3 GWB 1999 (= § 56 Nr. 3 GWB 1990) enthaltene Verweis auf § 36 Abs. 1 GWB (= § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB 1990) fehlt in § 60 Nr. 3 GWB 2005. Eine Erläuterung sucht man in *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 64 vergeblich. Die Fusionskontrolle betreffende Vorschriften finden sich nunmehr in den Nr. 1 und 2 der Vorschrift. Vermutlich hielt es der Gesetzgeber für ausreichend, die dort aufgezählten Ermächtigungsnormen (insb. §§ 40 Abs. 2, 41 Abs. 3 und 40 Abs. 3a GWB 2005) in Bezug zu nehmen. Der zusätzliche Verweis auf die materielle Ordnungsnorm des § 36 Abs. 1 GWB erschien demgegenüber entbehrlich.
- 32 *KG*, 13.6.1979 (*Sonntag Aktuell II*), WuW/E OLG 2145, 2145f.; *KG*, 11.1.1993 (*Ernstliche Untersagungszweifel*), WuW/E OLG 5151, 5159 (in beiden Fällen bejahte das KG zwar eine grundsätzliche Zulässigkeit der einstweiligen Anordnungen, verneinte jedoch in casu das Vorliegen der Anordnungsvoraussetzungen mangels besonderen öffentlichen Interesses). Vgl. auch *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 9f.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 60, Rz. 19b; *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 60, Rz. 7.
- 33 Vgl. die Sachverhaltsschilderung in *KG*, 13.6.1979 (*Sonntag Aktuell II*), WuW/E OLG 2145.
- 34 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 64, Rz. 19; *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 49; *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 60, Rz. 7. Für das allgemeine Verwaltungsprozessrecht *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 123, Rz. 9ff.
- 35 Ganz h. M., z. B. *VGH München*, 20.5.1976, BayVBl. 1977, 566, 567; *OVG Münster*, 18.11.1983, NJW 1984, 1577; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, aaO, § 123, Rz. 11a, 30; *Schenke, W.-R.*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2004, Rz. 1034. A. A. *Schoch, F.*, in: Schoch, F./Schmidt-Abmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: Februar 1996, § 123, Rz. 163.

ordneter aufschiebender Wirkung nicht unmittelbar gegen die Fusionskandidaten vorgehen. Es muss sich darauf beschränken, einstweilige Anordnungen gegen die Kartellbehörde zu erlassen. Sie muss verpflichtet werden, gegen eine Vollziehung des Zusammenschlusses durch die anmeldenden Unternehmen einzuschreiten. Das ist letztlich die Konsequenz daraus, dass das Fusionskontrollrecht keine unmittelbaren subjektiven Ansprüche zwischen Fusionskandidaten und Drittbetroffenen kennt. Auch im Hauptsacheverfahren ist eine Klage nur gegen die Kartellbehörde, und nicht gegen die fusionierenden Unternehmen zulässig. Möglich ist es allein, dass sich die Drittunternehmen mit einer Verpflichtungsbeschwerde gegen das Bundeskartellamt auf Einschreiten gegen die Fusionskandidaten wenden. Sie setzt wiederum die Existenz einer drittschützenden materiellrechtlichen Vorschrift voraus. Das ist § 36 Abs. 1 GWB.<sup>36</sup>

Wiederum bestätigt der Blick auf die Praxis im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht die Richtigkeit dieses Ergebnisses. Auch die Parallelnorm des hier interessierenden § 64 Abs. 3 GWB, die Vorschrift des § 123 VwGO<sup>37</sup> gestattet dem Gericht nach herrschender Meinung ein Einschreiten unmittelbar nur gegen den Antragsgegner, nicht aber gegen einen sonstigen Dritten. Schulbeispiel ist die Drittklage in Bausachen. Wendet sich der Antragsteller hier gegen das „Schwarzbauen“ seines Nachbarn, so kann das Gericht nur die Behörde verpflichten, gegen den Bauherrn vorzugehen.<sup>38</sup> Eine unmittelbare gerichtliche Anordnungen gegenüber dem Dritten (Bauherrn) ist ausgeschlossen.

Entsprechend lautete auch die Einschätzung der prozessualen Situation durch den Präsidenten des EuG im Fall eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz in der europäischen Fusionskontrolle. Er erklärte den Antrag der Union Carbide Corporation (UCC) für unzulässig, den Parteien des Zusammenschlussvorhabens *Shell/Montecatini*<sup>39</sup> im Wege einer auf Art. 186 EGV a.F. (= Art. 243 EGV n.F.) gestützten einstweiligen Anordnung aufzugeben, das Vorhaben nicht durchzuführen und alle weiteren Maßnahmen zu unterlassen, die den Interessen und der Wettbewerbsfähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens UCC/Shell Oil schaden könnten.<sup>40</sup> In dem gegen die Kommission gerichteten Hauptsacheverfahren hatte die UCC die Nichtigkeitsklage der Zusammenschlussgenehmigung beantragt. Zu Recht erklärte

36 Siehe oben *Kap. 4 C*.

37 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWb*, 2001, § 64, Rz. 17: § 64 Abs. 3 GWB ist „Grundlage eines dem § 123 VwGO entsprechenden einstweiligen Rechtsschutzes.“

38 *VGH München*, 20.5.1976, BayVBl. 1977, 566, 567; *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1013; *OVG Münster*, 18.11.1983, NJW 1984, 1577; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 123, Rz. 11a; *Schenke, W.-R.*, Verwaltungsprozessrecht, 2004, Rz. 1034; *Kopp, F. O.*, JuS 1983, 673, 676. A. A. offenbar *BVerwG*, 21.5.1980, VBl.BW 1981, 114; *Schoch, F.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand d. Bearb.: Februar 1996, § 123, Rz. 163.

39 *Kommission*, 8.6.1994 (*Shell/Montecatini*), ABLEG Nr. L 332 v. 22.12.1994, 48ff.

40 Präsident des EuG, 2.12.1994 (Union Carbide Corporation gegen Europäische Kommission), Slg. 1994, II-1159, 1164 (= Rz. 2).

der Präsident des EuG: „Somit sind die beantragten einstweiligen Maßnahmen grundsätzlich nur zulässig, wenn sie sich im Rahmen der Endentscheidung halten, die das Gericht aufgrund der Artikel 173 und 176 EG-Vertrag [= Art. 230 und 233 EGV n.F.] erlassen kann, und wenn sie die Beziehungen zwischen den Parteien, im vorliegenden Fall der Antragstellerin und der Kommission betreffen. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt.“<sup>41</sup>

Insofern ist *Bechtold* also zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, dass die Vorschriften der §§ 60, 64 GWB ausschließlich das Verhältnis zwischen Kartellbehörde und Verfügungsadressaten regeln. Soweit sich das Beschwerdegericht zu Anordnungen aufschwingt, die sich unmittelbar gegen die Fusionskandidaten richten, überschreitet es seine Kompetenzen. Die beschwerdeführenden Drittunternehmen können gerichtlich nur gegen die Kartellbehörde vorgehen. Möchte das Beschwerdegericht ihrem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz stattgeben, so muss es die Rollenverteilung im Prozess beachten. Aus der Perspektive des Beschwerdeverfahrens handelt es sich bei den Fusionskandidaten um Drittbeteiligte. Gegen sie kann – ganz im Sinne *Bechtolds* – nur das Bundeskartellamt Verfügungen erlassen. Das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes hat ihnen gegenüber ebenso wenig unmittelbare Kompetenzen wie im Hauptverfahren. Im praktischen Ergebnis besteht allerdings kein wesentlicher Unterschied. Erforderlich ist lediglich ein zusätzlicher Schritt. Das Bundeskartellamt muss auf Anordnung des Beschwerdegerichts die entsprechenden Maßnahmen gegen die Fusionskandidaten treffen. Dabei steht ihm insbesondere das Verbot der Stimmausübung aus bereits übertragenen Anteilen zur Verfügung, § 41 Abs. 4 Nr. 2 GWB analog.<sup>42</sup>

41 Ebenda, 1173 (= Rz. 28). Vgl. auch schon die entsprechende Argumentation in Präsident des EuG, 14.12.1993 (*Gestevisión Telecinco SA gegen Europäische Kommission*), Slg. 1993, II-1409, 1420 (= Rz. 25f.). Der dem Beschluss zugrundeliegende Antrag richtete sich gegen eine Freistellungsverfügung gemäß Art. 85 Abs. 3 EGV a.F. Aus beiden Entscheidungen geht nicht klar hervor, ob das Gericht insgesamt seine Zuständigkeit auf Erlass einstweiliger Maßnahmen, die über die Anordnung der Aussetzung des Vollzugs der streitigen Entscheidung hinausgeht, verneint. Hierfür spricht die Äußerung des Gerichtspräsidenten, wonach es „nach dem vom EG-Vertrag errichteten System der Zuständigkeitsverteilung [...] der Kommission [obliegt], im Rahmen der Kontrollbefugnisse, die ihr im Bereich des Wettbewerbs [...] verliehen worden sind, gegenüber den anmeldenden Parteien, wenn sie dies für erforderlich hält, eine einstweilige Maßnahme zu erlassen.“ (ebenda, 1419f. (= Rz. 24); *ders.*, 2.12.1994 (*Union Carbide Corporation gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-1159, 1172f. (= Rz. 27)). Andererseits ist nicht zu erkennen, weshalb die von ihm für das Gericht beanspruchte Rolle der gerichtlichen Kontrolle über das Vorgehen der Kommission nicht auch die Kompetenz umfassen soll, die Kommission mittels entsprechender Anordnung dazu zu verpflichten, ihrerseits einstweilige Maßnahmen gegenüber den Fusionsparteien zu treffen. Das entspräche jedenfalls der oben skizzierten Zuständigkeitsverteilung nach deutschem Verwaltungsprozessrecht.

42 Dazu *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 41, Rz. 54.

### III. Konsequenzen der Neuregelung (§ 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005)

Bislang eröffnete die Vorschrift des § 64 Abs. 3 GWB 1999 dem Beschwerdegericht Kompetenzen auf der Grundlage von § 60 GWB. Es konnte das Bundeskartellamt insbesondere zum Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenüber Fusionskandidaten verpflichten. Der neue § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 nimmt von dieser Regelung die „Fälle des § 65 GWB“ aus. Eine eng am Wortlaut orientierte Auslegung kommt daher zu folgendem Ergebnis: Hat das Gericht die aufschiebende Wirkung einer Drittbeschwerde gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB angeordnet, so darf es nicht zusätzlich einstweilige Anordnungen auf der Grundlage von § 64 Abs. 3 i. V. m. § 60 GWB 2005 erlassen.<sup>43</sup>

Nach der Begründung liegt der Zweck der Gesetzesänderung darin, die bestehende Doppelung der Rechtsgrundlagen – § 64 i. V. m. § 60 und § 65 Abs. 3 GWB – für die Anordnung vorläufiger Maßnahmen zu beseitigen.<sup>44</sup> Danach soll „künftig die Anwendung der allgemeinen Regelung des § 64 Abs. 3 und 60 ausgeschlossen [sein], soweit die spezielle Vorschrift zur Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 65 anzuwenden ist.“<sup>45</sup> Gemeint ist damit offenbar Folgendes: Anders als nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO hat eine Beschwerde gegen kartellbehördliche Verfügungen nur in den in § 64 Abs. 1 GWB ausdrücklich genannten Fällen aufschiebende Wirkung. Zu nennen sind insbesondere die auf §§ 32 i. V. m. 19 GWB gestützten Missbrauchsverfügungen. Einer hiergegen gerichteten Beschwerde kommt aufschiebende Wirkung zu, § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB 2005. Bis Inkrafttreten der Zweiten GWB-Novelle wurde dem KG als Beschwerdegericht in Kartellverwaltungsachen die Kompetenz zugestanden, die sofortige Vollziehung der behördlichen Verfügungen anzuordnen. Als Rechtsgrundlage zog das KG die §§ 63 Abs. 3 i. V. m. 56 GWB 1966 (= §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 2005) heran.<sup>46</sup>

Es besteht Einigkeit insofern, dass das Beschwerdegericht zu solchen Anordnungen seit Inkrafttreten der Zweiten GWB-Novelle nicht mehr befugt ist. Die 1973 in Kraft getretene Vorschrift des § 63a GWB (= § 65 GWB 2005) begründet insoweit eine ausschließliche Kompetenz der Kartellbehörde. Sie gilt auch für das Beschwerdeverfahren.<sup>47</sup> Damit gilt seit über 30 Jahren ein Vorrangverhältnis des

43 So auch *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 45. Vgl. auch schon Rz. 38: „Letztendlich verbleiben als Anwendungsbereich der § 64 Abs. 3 i. V. m. § 60 (wie bei § 123 Abs. 5 VwGO) nur Konstellationen, die keine Anfechtungssituation beinhalten.“

44 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 79.

45 *Ebenda*.

46 Z. B. *KG*, 21.10.1966 (*Filtertüten*), WuW/E OLG 803 (keine Kompetenz der Kartellbehörde mehr nach Einlegung der Beschwerde); 22.7.1968 (*Sportartikelmesse*), WuW/E OLG 907, 916 (Missbrauchsverfahren: das KG entsprach dem wohl von Drittunternehmen gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mangels Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung nicht).

47 *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 38.

§ 65 GWB gegenüber § 64 Abs. 3 GWB.<sup>48</sup> Wenn die Begründung des neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 nunmehr ausdrücklich § 65 GWB als *lex specialis* für die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Verhältnis zu § 64 Abs. 3 GWB bezeichnet, so handelt es sich lediglich um eine Klarstellung. Allerdings betrifft die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht nur den Fall der einstweiligen Anordnung der sofortigen Vollziehung. Der neue zweite Satz in § 64 Abs. 2 GWB schließt vielmehr die analoge Anwendbarkeit des § 60 GWB in allen Fällen des § 65 GWB aus. Die in der Begründung angedeutete Beschränkung auf den Fall der Anordnung der sofortigen Vollziehung findet im Gesetzestext jedoch keine Stütze. Damit wäre dem Beschwerdegericht der Rückgriff auf die Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 1 GWB 2005 insbesondere im Fall des § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB verwehrt. Es stellt sich damit die Frage, auf welche Rechtsgrundlage das OLG Düsseldorf in Zukunft weitergehende einstweilige Anordnungen nach dem Beispiel der Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* stützen kann.

#### IV. Teleologische Reduktion?

Zunächst ist an die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion der neuen Vorschrift § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB zu denken. Sie könnte dem Beschwerdegericht die Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 2005 für weitergehende einstweilige Anordnungen gegen den faktischen Vollzug von Zusammenschlussvorhaben auch nach Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle erhalten. Ausweislich der Gesetzesbegründung wird die Anwendbarkeit des § 60 GWB nur „ausgeschlossen, soweit die spezielle Vorschrift zur Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 65 anzuwenden ist.“<sup>49</sup> Im Fall von Beschwerden Dritter gegen eine Fusionsfreigabeentscheidung bzw. eine Ministererlaubnis steht die Anordnung der sofortigen Vollziehung jedoch überhaupt nicht in Frage. Vielmehr erstreben die beschwerdeführenden Dritten zunächst nur die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsmittels. Der Antrag, weitere einstweilige Anordnungen zu erlassen, zielt ebenfalls nicht auf eine sofortige Vollziehung der drittbelastenden Verfügung. Im Gegenteil soll das Gericht mit diesen Maßnahmen einen etwa schon erfolgten De-facto-Vollzug des Zusammenschlusses rückgängig bzw. wirkungslos machen. Der Wortlaut der neuen Vorschrift differenziert nicht zwischen verschiedenen Arten der einstweiligen Anordnung. Anders als die Begründung glauben macht, beschränkt sich das kodifizierte Vorrangverhältnis zwischen § 65 und §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB nicht auf den Fall der Anordnung der sofortigen Vollziehung. Vielmehr wird gleichzeitig die Anwendbarkeit §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB noch in anderen Fällen, insbesondere im Fall der Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB

48 Vgl. Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 64, Rz. 17 m.w.N.

49 Bundesregierung, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 65. Siehe dazu auch die in der übernächsten Fußnote wiedergegebene Erläuterung durch *Kollmorgen*.

ausgeschlossen. Der Gesetzgeber droht daher über sein eigentliches Regelungsziel hinauszuschießen. Man könnte daher meinen, eine einschränkende Auslegung des § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 käme dem gesetzgeberischen Anliegen am nächsten.<sup>50</sup> Die neue Bestimmung wäre danach so zu lesen, dass dem Beschwerdegericht der Anwendungsbereich des § 60 GWB nur in den Fällen des § 65 Abs. 1 und 2 GWB verschlossen ist.<sup>51</sup> Das sind die Fälle, in denen der Gesetzgeber die Kompetenz zur Anordnung der sofortigen Vollziehung exklusiv der Kartellbehörde eingeräumt hat. Gegen diese Lösung spricht allerdings, dass die Entwurfsbegründung ausdrücklich auch die Vorschrift des § 65 Abs. 3 GWB erwähnt. Der Gesetzgeber bringt damit – trotz erheblicher Unklarheiten im Text der Entwurfsbegründung zu § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005<sup>52</sup> – zum Ausdruck, dass er auch die Rechtsgrundlage des § 65 Abs. 3 GWB in das Vorrangverhältnis zwischen § 65 GWB einerseits und § 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 2005 andererseits miteinbezogen wissen möchte. Diesem gesetzgeberischen Anliegen liefe eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 auf die in den ersten beiden Absätzen des § 65 GWB genannten Fälle zuwider.

- 50 Für eine teleologische Reduktion, wenn auch unter noch engeren Voraussetzungen, plädiert möglicherweise auch *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 46: „Für eine Anwendung des § 64 Abs. 3 i. V. m. mit § 60 Nr. 1 kann jedoch nach der 7. GWB-Novelle nur dort Raum bleiben, wo die Instrumente des § 65 nicht zur Erreichung des Rechtsschutzziels ausreichen.“
- 51 So im Ergebnis auch *Kollmorgen, J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 64, Rz. 11. Er stützt sich bei seiner Exegese des neu eingefügten § 64 Abs. 2 Satz 2 GWB 2005 auf den oben wiedergegebenen Hinweis in der Regierungsbegründung und führt dazu aus: „Dies bedeutet: Ist die sofortige Vollziehung einer durch § 64 Abs. 1 erfassten Verfügung durch die KartB nach § 65 Abs. 1 angeordnet worden, so sollen nach der *Begr.* vorläufige Maßnahmen durch das Beschwerdegericht nicht mehr nach § 64 Abs. 3, sondern nur noch nach § 65 Abs. 3 S. 1, 3 unter den gegenüber § 64 Abs. 3 i. V. m. § 60 erschwerten Voraussetzungen getroffen werden können. [...] Im Übrigen beschränkt die Vorschrift des § 64 Abs. 3 S. 2 das Beschwerdegericht im Hinblick auf einstweilige Anordnungen nicht. [...] Insoweit kommen Anordnungen in den Verfahren nach §§ 40, 41 und 42 in Betracht.“ Als Beispiele zitiert *Kollmorgen* ausdrücklich auch die Entscheidungen *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665 und 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885.
- 52 Zum einen erstaunt die Verwendung des Begriffs der „vorläufigen Maßnahmen“ im Zusammenhang mit § 65 Abs. 3 GWB, der lediglich zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung ermächtigt. Unter vorläufigen Maßnahmen versteht man üblicherweise Anordnungen wie z. B. das vom OLG Düsseldorf ausgesprochene einstweilige Verbot der Stimmrechtsausübung. Sie wurden bislang auf § 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB gestützt. Zum anderen bleibt offen, in welchem Verhältnis die Rechtsgrundlage des § 65 Abs. 3 GWB und die im folgenden Satz erwähnte Kompetenz (der Kartellbehörde!) zur Anordnung der sofortigen Vollziehung stehen. Grundlage für letztere Anordnungen sind die Absätze 1 und 2 der Vorschrift. Dagegen ermächtigt die Regelung in Absatz 3 das Beschwerdegericht zur Anordnung der gegenteiligen Rechtsfolge, nämlich der aufschiebenden Wirkung.

Möglicherweise bedarf es aber gar nicht des Kunstgriffs einer teleologischen Reduktion von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005. Es ist zu überlegen, ob nicht eine zweite, in der Diskussion bislang unbeachtet gebliebene Rechtsgrundlage dem Beschwerdegericht im Fall der Anordnung der aufschiebenden Wirkung die Kompetenz zum Erlass sonstiger einstweiliger Anordnungen vermitteln kann. Denkbar ist, dass die Vorschrift des § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB den Wegfall der bislang in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB kompensieren kann. Gemäß § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB kann das Gericht die „Aufhebung der Vollziehung anordnen“.

Ohne explizit auf die Vorschrift des § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB einzugehen, wendet sich *Bechtold* gegen die Subsumtion des Fusionsvollzugs unter das Tatbestandsmerkmal der „Vollziehung“ in § 65 GWB.<sup>53</sup> Er weist darauf hin, dass die Unternehmen nach fusionskontrollrechtlicher Freigabe oder Ministererlaubnis das Zusammenschlussvorhaben, und nicht die ergangene behördliche Verfügung vollziehen.<sup>54</sup> Daran ist richtig, dass mit Vollzug der Verfügung in erster Linie an ein Handeln der Verwaltung gedacht ist. Im Regelfall vollzieht die Verwaltung den von ihr erlassenen Verwaltungsakt selber. Als Beispiel genannt sei das Verbot, eine bereits erteilte Auskunft zu verwerfen.<sup>55</sup> Zu Recht verweist die Literatur bei der Auslegung von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB auf die Bestimmung in § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO.<sup>56</sup> An sie hat sich der GWB-Gesetzgeber (fast) wörtlich angelehnt.<sup>57</sup> Im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht wird das Tatbestandsmerkmal der Vollziehung der „Verfügung“ bzw. des „Verwaltungsakts“ (so § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO) jedoch weit ausgelegt. Die heute herrschende Meinung subsumiert hierunter auch das Gebrauchmachen von einer behördlichen Erlaubnis durch Private.<sup>58</sup> Für die Anwendung von

53 *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1024. *Bechtolds* Überlegungen zum Begriff der „Vollziehung“ beziehen sich offenbar auf die Vorschriften §§ 65 Abs. 3 Satz 2 sowie Satz 1 Nr. 3 GWB.

54 Ebenda.

55 *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 65 GWB 2005, Rz. 62; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 65, Rz. 15. Weitere Beispiele aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bei *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 113, Rz. 80.

56 *Birmanns, S.*, aaO; *Schmidt, K.*, aaO.

57 Vgl. *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, S. 36f.

58 *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1015; *OVG Münster*, 25.2.2003, BauR 2003, 1011, 1012; *OVG Lüneburg*, 6.12.2004, BauR 2005, 975, 976; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 80, Rz. 179; *Schenke, W.-R.*, Verwaltungsprozessrecht, 2004, 1012; *Papier, H.-J.*, VerwArch 1973, 399, 400ff.; *Schenke, W.-R.*, DVBl. 1986, 9, 14ff. Vgl. auch *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 65, Rz. 15, der jedenfalls die Erfüllung der Verfügung durch Private angesichts behördlichen Drucks als von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB erfasst ansieht. Für eine Anwendung von § 123 VwGO im Fall des freiwilligen Gebrauchmachens von einer behördlichen Genehmigung dagegen *VGH Mannheim*, 13.2.1984, NVwZ 1984, 451, 452; *Kopp, F. O.*, JuS 1983, 673, 675ff. Die verwaltungsprozessuale Literatur weist zu Recht darauf hin, dass sich noch ein weiteres Tatbestandsmerk-

§ 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO in diesen Fällen, und gegen die ebenfalls denkbare Inanspruchnahme von § 123 VwGO (als der zu § 64 Abs. 3 GWB parallelen<sup>59</sup>) Rechtsgrundlage sprechen zum einen der Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 80 VwGO, zum anderen die für den Antragssteller günstigere Schadensersatzregelung.<sup>60</sup> Die Gegenauffassung hätte dagegen zur Konsequenz, dass durch die Genehmigung belastete Dritte wie z. B. Nachbarn in den meisten Fällen ein zweistufiges Verfahren anstrengen müssten. Sie könnten nämlich erst, nachdem sie auf Grundlage von § 80 VwGO die aufschiebende Wirkung ihres Rechtsmittels erlangt haben (rechtsgestaltender Ausspruch), in einem auf § 123 VwGO gestützten weiteren Verfahren ein behördliches Eingreifen durch verpflichtende Aussprüche gegen den Genehmigungsempfänger (z. B. Bauherrn) erzwingen.<sup>61</sup> Das Risiko, gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 945 ZPO verschuldensunabhängig auf Schadensersatz zu haften,<sup>62</sup> spricht ebenfalls dagegen, den § 123 VwGO als Rechtsgrundlage heranzuziehen.<sup>63</sup> Beide Gesichtspunkte lassen sich auf das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe oder Ministererlaubnis übertragen. Ein unmittelbar auf §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB gestützter Antrag auf Erlass einstweiliger Anordnungen müsste strenggenommen schon daran scheitern, dass die Fusionskandidaten solange befugt sind, den vom Bundeskartellamt oder vom Minister genehmigten Zusammenschluss zu vollziehen, wie die Drittbeschwerde keine aufschiebende Wirkung entfaltet, die Freigabe oder Ministererlaubnis also vollziehbar ist. Es bedürfte also zunächst des Antrags nach § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB. Erst die daraufhin ergehende gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung würde die Grundlage für ein weiteres Vorgehen nach §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB schaffen. Die Frage einer eventuellen Haftung des Antragstellers auf Schadensersatz bei unbegründeter einstweiliger Anordnung nach den einschlägigen Bestimmungen des GWB ist zwar noch wenig geklärt.<sup>64</sup> Angesichts des Fehlens einer speziellen kartellrechtlichen Regelung erscheint jedoch ein Rückgriff auf das allgemeine Verwaltungsprozess-

mal in § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO und damit entsprechend in § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB als korrekturbedürftig erweist. Der Begriff der „Aufhebung“ passt eigentlich nur im Zusammenhang mit „Rechtsakten“. Faktische Vollziehungsakte dagegen müssen tatsächlich beseitigt oder rückgängig gemacht werden. Es wird daher vorgeschlagen, die Rechtsgrundlage des § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO – Entsprechendes gilt für § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB – um die Rechtsfolgen der Beseitigung bzw. Rückgängigmachung zu ergänzen (*Papier, H.-J.*, VerwArch 1973, 399).

59 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 64, Rz. 17 (siehe schon oben FN 37).

60 Ausführlich zu beiden Aspekten *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1013f.

61 *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1014.

62 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 123, Rz. 43.

63 *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1014. Das räumt auch *Kopp, F. O.*, JuS 1983, 673, 674 ein.

64 Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 60, Rz. 28; § 64, Rz. 27; § 60, Rz. 28 und § 65, Rz. 20 sowie die umfangreichen Nachweise zum Streitstand in *BGH*, 23.9.1980, NJW 1981, 349, 350.

recht naheliegend.<sup>65</sup> Danach wäre in den Fällen des § 64 GWB die Regelung des § 123 Abs. 3 VwGO (mit dem Verweis auf die verschuldensunabhängige Haftung des Antragsstellers gemäß § 945 ZPO) entsprechend anwendbar.<sup>66</sup> Im Fall des § 65 GWB müsste man sich dagegen an den zu § 80 VwGO entwickelten Grundsätzen orientieren. Dort wird ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch des Antragsgegners ganz überwiegend verneint.<sup>67</sup>

Vergleicht man die beiden vorgestellten Lösungen, so spricht folgende Überlegung für die Vorschrift des § 65 Abs. 4 Satz 3 VwGO als Rechtsgrundlage und gegen eine teleologische Reduktion der neuen Bestimmung: Ausweislich der Gesetzesbegründung möchte der Gesetzgeber mit dem neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 das zwischen den §§ 80, 80a und § 123 VwGO etablierte Vorrangverhältnis imitieren.<sup>68</sup> Tatsächlich ist die Vorschrift § 123 VwGO aufgrund der Regelung in Abs. 5 ebenfalls subsidiär zu §§ 80 und 80a VwGO. Die Vorschrift § 65 Abs. 3 bis 5 GWB entspricht großenteils wörtlich dem § 80 Abs. 5 bis 7 VwGO.<sup>69</sup> Die Rechtsgrundlage §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB erfüllt im Wesentlichen die Rechtsschutzfunktion des

65 Auch *Schmidt, K.*, aaO, § 64, Rz. 27 strebt eine „Harmonisierung“ mit dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht an.

66 Dabei ist außerdem noch zu klären, wer überhaupt einen Schadensersatzanspruch gemäß § 945 ZPO analog geltend machen kann. Nach herrschender Meinung steht ein Anspruch ausschließlich dem Antragsgegner, nicht jedoch einem von der einstweiligen Anordnung mittelbar betroffenen Dritten zu, selbst wenn es sich wie z. B. beim Bauherrn um einen notwendig Beigeladenen handelt (*BGH*, 23.9.1980, *NJW* 1981, 349, 350; *Schoch, F.*, in: *Schoch, F./Schmidt-Abmann, E./Pietzner, R.* (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: Februar 1996, § 123, Rz. 200, *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 123, Rz. 44, jeweils m. zahlreichen Nachweisen auch zu der in der Literatur vertretenen Gegenansicht). Danach wäre also allenfalls ein Schadensersatzanspruch des Bundeskartellamts, nicht jedoch der Zusammenschlussbeteiligten gegeben. Der Hinweis der h. M. auf den Wortlaut von § 945 ZPO erscheint jedoch deshalb wenig überzeugend, weil die im allgemeinen Verwaltungsrecht häufige und gerade im Kartellverwaltungsrecht typische Dreieckskonstellation mit zwischengeschalteter Behörde dem Zwangsvollstreckungsrecht nach der ZPO wesensfremd ist. Insofern bereitet selbst eine sinngemäße Übertragung des Prinzips des § 945 ZPO Schwierigkeiten. Legt man die oben kritisierte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zugrunde, das sich mit seinen einstweiligen Anordnungen unmittelbar an die Fusionskandidaten richtete, verliert die Frage an Brisanz. In diesem Fall könnte man die Zusammenschlussbeteiligten ohne größere Schwierigkeiten als Antragsgegner betrachten, denen die dritten Beschwerdeführer entsprechend § 945 ZPO verschuldensunabhängig auf Schadensersatz haften. Bestehen bliebe das Problem, den durch Verzögerung oder gar Vereitelung des Zusammenschlussvorhabens entstandenen Schaden zu beziffern.

67 *BVerwG*, 9.8.1990, *NVwZ* 1991, 270 (keine Schadensersatzpflicht der Behörde bei Anordnung der sofortigen Vollziehung i. S. d. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO); *Schoch, F.*, in: *ders./Schmidt-Abmann, E./Pietzner, R.* (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: Februar 1998, § 80, Rz. 408 m. w. N.; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 80, Rz. 369 m.w.N.; *Schenke, W.-R.*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2004, Rz. 1014a. A. A. *Kopp, F. O.*, *VwGO*, 1994 (10. Aufl.), § 80, Rz. 121; *Renck, L.*, *NVwZ* 1994, 1178f. (gegen das vorstehend zitierte Urteile des *BVerwG* vom 9.8.1990).

68 *Bundesregierung*, *Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov.*, BT-Drucks. 15/3640, 64f. („in Anlehnung an § 123 V VwGO“).

69 Vgl. *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 65, Rz. 1.

§ 123 VwGO.<sup>70</sup> Zwar handelt es sich bei den §§ 64 Abs. 3, 60 GWB um die älteren Vorschriften. Dennoch zeigt auch der Vergleich mit dem Referenzsystem der VwGO, dass diese Rechtsgrundlage im Verhältnis zu § 65 GWB subsidiär zur Anwendung kommen soll. Die Vorschriften §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB garantieren lediglich die „Lückenlosigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes“.<sup>71</sup> Nur soweit der vorrangige § 65 GWB keinen Rechtsschutz bietet, ist auf die §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB zurückzugreifen.

Festzuhalten ist damit, dass schon aus systematischen Gründen viel für das aufgezeigte Vorrangverhältnis von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB spricht. Das gilt unabhängig von dem neu eingeführten § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005. Angesichts der in drei Fällen bekräftigten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und einem insoweit offenen Wortlaut – die in § 123 Abs. 3 VwGO ausdrücklich genannte Einschränkung kannte das GWB vor Inkrafttreten § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 nicht – bedurfte es aber wohl eines Anstoßes durch den Gesetzgeber, um ein Umdenken einzuleiten.<sup>72</sup>

Es sei noch einmal klargestellt, dass auch für Anordnungen auf Grundlage von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB 2005 gilt: Verwaltungsakte mit Drittwirkung können nicht unmittelbar durch gerichtliche Maßnahmen rückgängig gemacht werden. Zulässig sind nur Anordnungen gegenüber der Behörde, die die Erlaubnis erteilt hat.<sup>73</sup> Sie hat gegen den durch die Verfügung Begünstigten vorzugehen. Denkbar ist eine Anordnung entsprechend § 41 Abs. 4 Nr. 1 GWB 2005. Dahinter steht materiell ein Folgenbeseitigungsanspruch des Klägers bzw. Beschwerdeführers gegen die Behörde.<sup>74</sup> Die nach ihrer (vorläufigen) Aufhebung noch andauernden Folgen des Vollzugs der Verfügung sind zu beseitigen (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

## VI. Zusammenfassung

Das OLG Düsseldorf hat in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhr-gas* einstweilige Anordnungen wie zum Beispiel ein Verbot der Stimmrechtsausübung zur Verhinderung eines De-facto-Vollzugs der von Drittunternehmen ange-

70 Schmidt, K., aaO, § 64, Rz. 17.

71 So Kopp, F. O./Schenke, W.-R., VwGO, 2005, § 123, Rz. 1 zum Verhältnis zwischen §§ 80, 80a und § 123 VwGO.

72 Bemerkenswerter Weise hält sich das OLG Düsseldorf bedeckt zu der Frage, ob es auch nach Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle weitere einstweilige Anordnungen wie das Verbot der Stimmrechtsausübung erlassen kann. Während es seine grundsätzliche Kompetenz zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung ausdrücklich betont, begnügt es sich hinsichtlich des darüber hinaus gehenden Antrags der Beschwerdeführerin mit folgender Feststellung: „Ist hiernach der Antrag auf AO der aufschiebenden Wirkung unzulässig, so folgt hieraus auch die Unzulässigkeit der weiteren Anträge, die darauf zielen, die Vollziehung der angemeldeten Vorhaben zu verhindern oder rückgängig zu machen“ (*OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1647).

73 Kopp, F. O./Schenke, W.-R., VwGO, 2005, § 80, Rz. 179. Ausführlich oben II.

74 Vgl. Kopp, F. O./Schenke, W.-R., aaO., Rz. 176.

fochtenen Zusammenschlussvorhaben erlassen. Diese Anordnungen stütze das Gericht auf die Vorschriften §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999. Als Rechtsgrundlage kommt aber (auch) § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB in Betracht. Aus systematischen Gründen erscheint diese Vorschrift seit je die bessere Wahl zu sein. Seit Inkrafttreten von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB entspricht dieses Vorrangverhältnis des § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB gegenüber der Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 2005 auch dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut. Unabhängig von der Rechtsgrundlage hat sich das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes an den Grundsatz zu halten, dass es einstweilige Anordnungen nur gegenüber dem Antragsgegner (hier: der Kartellbehörde), nicht aber gegenüber Dritten wie z. B. den Fusionsparteien erlassen kann.